

CIMBRANDO EL MODELO PROHIBICIONISTA

○ César David Tarello Leal

*Abogado litigante estratégico en defensa de derechos humanos. Tiene licenciatura en Derecho, especialidad en constitucional y amparo. Maestro en Derecho por la Universidad Autónoma de Querétaro. Es catedrático de Historia Universal del Derecho, Derecho Constitucional y Derecho Administrativo en las Facultades de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales de la UAQ.

PALABRAS CLAVE

KEYWORDS

- **Prohibicionismo**
- **Cannabis**
- **Amparos en revisión**

Prohibition

Cannabis

Protection in revision

Resumen. Los amparos en revisión 237/2014, 1115/2017 y 623/2017 resueltos por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia han abierto el debate respectivo a la legalización de la marihuana y también han cuestionado los dogmas impuestos por el modelo prohibicionista que el Estado mexicano ha sostenido desde finales del siglo XIX. Estas resoluciones se han decantado por el valor de la libertad y la dignidad humana, a la par que revelan una práctica constitucional progresista que colocan a la Suprema Corte de Justicia de la Nación como un órgano de estados que supo entender cómo ampliar los derechos previstos de manera expresa en el texto constitucional. Es así como el presente artículo incide en la historia prohibicionista del uso y consumo del *cannabis*, a la par que realiza un análisis de cómo se ha cimbrado la ideología que sustentó la prohibición del consumo de la marihuana.

Abstract. The amparos in review 237/2014, 1115/2017 and 623/2017 resolved by the First Chamber of the Supreme Court of Justice have opened the respective debate to the legalization of marijuana and have also questioned the dogmas imposed by the prohibitionist model that the Mexican state has held since the late nineteenth century. These resolutions have opted for the value of freedom and human dignity, at the same time revealing a progressive constitutional practice that place the Supreme Court of Justice of the Nation as a body of states that knew how to expand the rights provided for express way in the constitutional text. This is how the present article affects the prohibitionist history of the use and consumption of *cannabis*, at the same time that it carries out an analysis of how the ideology that supported the prohibition of the consumption of marijuana has been shaken.

SUMARIO:

I. Introducción. II. Problemas argumentales del modelo prohibicionista. III. El derecho a la libre determinación de la personalidad como base de las resoluciones de la Corte. IV. Adhesión argumental al caso mexicano. V. Fuentes de consulta.

I. INTRODUCCIÓN

Sin duda alguna las resoluciones emitidas por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a propósito de los amparos en revisión 237/2014, 1115/2017 y 623/2017 se han convertido en razones que han cuestionado frontalmente los dogmas impuestos por el *modelo prohibicionista* que ha sostenido el Estado mexicano al menos desde finales del siglo XIX a propósito de la producción, cultivo, transporte, consumo y comercialización de estupefacientes, narcóticos y psicotrópicos (en adelante y para sencilla comprensión: *drogas*) atinente a prohibir administrativamente todo tipo de acceso y actividad con las mismas, amén de la criminalización de dichas conductas.

Estas resoluciones decretaron la inconstitucionalidad de los artículos 235 último párrafo, 237, 245 fracción I, 247 último párrafo y 248 de

la Ley General de Salud ya que, de acuerdo a su contenido, afectan el derecho al *libre desarrollo de la personalidad*, y por ende, la autonomía y la dignidad. Ello es así porque tales artículos no superaron el *test de proporcionalidad* practicado por la Corte al menos en la tercera y cuarta grado del mismo, relativos a la *necesidad* y la *proporcionalidad en específico* de la medida legislativa. Lo anterior porque —si bien se trata de normas jurídicas que *persiguen fines legítimos previstos por la Constitución Política* y los controles administrativos *son idóneos* a efecto de preservar la salud— terminan imponiendo prohibiciones que pueden ser satisfechas mediante otros mecanismos y no necesariamente mediante la restricción absoluta de la actividad de cultivar, sembrar y producir para consumo propio, la planta llamada marihuana (*cannabis*) y sus derivados (no se considera el comercio); el uso de fines lúdicos y recreativos del individuo; de este modo la restricción es *innecesaria* y *altamente desproporcional* considerando las características elementales del *cannabis*, y por ende, no debe existir restricción para que la autoridad administrativa y sanitaria competente pueda otorgarles a los peticionarios mayores de edad, la autorización para comprar semillas, cultivar, transportar y consumir *Cannabis sativa*, indica y americana o marihuana, su resina, preparados y

semillas y del psicotrópico “THC” (tetrahidrocannabinol que contenga los siguientes isómeros: $\Delta 6a$ (10a), $\Delta 6a$ (7), $\Delta 7$, $\Delta 8$, $\Delta 9$, $\Delta 10$, $\Delta 9$ (11) y sus variantes estereoquímicas).

De manera objetiva nos parece que las resoluciones cimbran el modelo prohibicionista por tres situaciones:

1. Por una parte, son una crítica directa a una política paternalista que el Estado mexicano ha sostenido en concordancia con otras naciones del mundo para prohibir y en su caso perseguir, todo tipo de actividad vinculada con las sustancias psicoactivas, y que no solo se ha limitado a un control administrativo de salud, sino que implica la criminalización a través de instrumentos del Derecho Penal. En ese sentido, se ha comenzado a demoler, desde la ciencia, y lo más importante, desde el entendimiento filosófico del valor de la libertad y dignidad adosado a la justa apreciación de la realidad, el modelo positivista-dogmático que construyó el paradigma prohibicionista en primer término.

Ello abre la oportunidad a la búsqueda de otros mecanismos para evitar la represión de la libertad humana; concretamente la libertad de elegir y crear

un plan de vida acorde a esa elección.

2. Por otro lado, si bien las resoluciones resaltan la necesidad del cuidado de la salud y la obligación del Estado de procurar elementos que la protejan, también dejan en claro la violación *al principio de proporcionalidad* de aquellas normas jurídicas¹ que impiden al individuo realizar una serie de actividades voluntarias que, comparadas con otras libertades y con las consecuencias que conllevan, no encuentran sustento en ser limitadas al máximo.
3. Por último, técnicamente develan una práctica constitucional progresista que colocan a la Suprema Corte de Justicia de la Nación como un órgano de Estado que supo entender, al menos en estos casos en particular, el cómo sustentarse en valores como un medio para ampliar derechos que no se encuentran expresamente previstos en el texto constitucional, y precisamente dicha inteligencia, comprende conceptos intangibles como la dignidad y la libertad. Esto ha permitido realizar una interpretación armónica y conforme, ubicarlos

¹ Nos referiremos más adelante y de modo expreso a los artículos 235 último párrafo, 237, 245 fracción I, 247 último párrafo y 248, todos de la Ley General de Salud.

y protegerlos en los casos concretos, y aun cuando no son las primeras razones de la Corte en estudiar tales posibilidades, al menos sí son el antecedente en el tema estricto del uso de drogas, y especialmente el del *cannabis*.

Al tratarse de los primeros pasos que cimbran el modelo prohibicionista, es necesario estudiar a mayor profundidad algunos puntos para fortalecer la construcción de nuevos paradigmas a propósito del problema de las drogas, y por ello, en lo sucesivo trataremos primero de rastrear algunos elementos históricos sobre cómo el modelo prohibicionista se construyó con dogmas engañosos (por ello la Corte hizo un trabajo correcto en comenzar su crítica) y posteriormente, cómo este modelo colisiona con el derecho al *libre desarrollo de la personalidad*, siendo que ese derecho originalmente fue contenido en la Ley Fundamental de la República de Alemania e interpretado por el Tribunal Constitucional Alemán, empero, como se verá, fue ampliado y superado en algunas argumentaciones por la Corte. Por último, trataremos de proponer algunos comentarios y *argumentos adhesivos* a las resoluciones en cita para abonar al discurso necesario a fin de que, en el futuro el *cannabis* no sea la única sustancia psicoactiva

a la que se circunscriba la protección del desarrollo de la libre personalidad, sino que al menos en este rango, puedan incluirse otros catálogos de sustancias que por su naturaleza psicoactiva tengan una valoración similar en el ámbito administrativo. Más aún, para que se perfile la nueva política de drogas hacia una descriminalización de la *posesión* (razonable) para el consumo individual, y por ello, podamos identificar esta situación como una *subrama* de derecho *del libre desarrollo de la personalidad* y que se encuentra expresamente vinculado a lo que podríamos denominar como el *derecho fundamental a la experiencia sensible*.

II. PROBLEMAS ARGUMENTALES DEL MODELO PROHIBICIONISTA

De acuerdo a las investigaciones históricas de Domingo Schievenini, los primeros antecedentes normativos administrativos² en materia de drogas en nuestro país datan de 1831 con la fundación de la Facultad Médica en México,³ quien posteriormente

² Cabe aclarar que al menos, por lo que ve en el *cannabis*, ya existían en la época de la colonia algunas ordenanzas reales que mandataban la siembra del *cáñamo* para la producción de cordel, especialmente el usado en barcos, es decir, tenía un uso industrial sin que se identificara *per se* un uso lúdico o medicinal (García V., 2010).

³ Posteriormente se transformó en el Consejo de Salubridad del Departamento de México en 1841 y antecedente directo del Consejo Superior de Salubridad que

tendría facultades de aplicar el Código de Salubridad de 1891 en toda la república mexicana, amén de ayudar en la preparación de catálogos de sustancias que tenían que ser controladas en su producción y comercio, y que coadyuvaron en la implementación de las nuevas normas jurídicas tendentes a controlar la venta de drogas y medicinas⁴ (Schievenini, Tarello y Del Llano, 2015).

Asimismo, tenemos la aparición del Código Penal para el Distrito Federal y el Territorio de la Baja California de 1871 que fue el primer ordenamiento penal que introdujo en nuestro país el concepto de *delitos contra la salud pública* y expresamente prohibió la producción y elaboración de sustancias nocivas a la salud sin autorización previa, fundamentalmente protegió a las personas consumidoras de bebidas, alimentos y medicamentos adulterados, así como la producción sin

autorización de sustancias nocivas a la salud.⁵

Resulta curioso el dato recabado por Schievenini en cuanto a que al menos en 1884 el Consejo Superior de Salubridad elaboró un proyecto de reglamento en donde listaron productos que deberían estar sujetos a venta restringida; entre ellos aparecía la marihuana. En el mismo proyecto se obligaba a las boticas y farmacias contar con ciertos productos medicinales mínimos obligatorios entre los que se encontraban la coca del Perú, el opio, el beleño, la belladona, la estricnina, el ajenojo, y la marihuana (Schievenini, Tarello, Del Llano, 2015).

A finales del siglo XIX algunas drogas como la marihuana, la cocaína, la morfina, el opio y la heroína eran usadas como medicamentos desparasitantes, analgésicos, sedantes, vigorizantes, y de otras índoles, pero no se criminalizaba su tenencia y uso, incluso, ello se reconocía en el Código de Salubridad de 1892.⁶

para 1891 ya tenía facultades de aplicación del Código de Salubridad.

⁴Por ejemplo, el Reglamento de Policía de 1838, las Ordenanzas de la Junta Departamental de 1840, la ley de 1842 para prohibir la venta de medicinas fuera de farmacias, el ordenamiento administrativo que contenía Disposiciones contra Vagos y Curanderos del mismo año, y el Reglamento de Boticas, Almacenes y Fábricas de Drogas de 1846 que prohibían el ejercicio de medicina a quien no fuere médico, y reglamentaban la producción de sustancias usadas por la medicina a efecto de que no se adulteraran.

⁵Cfr. Artículos 842 y 844 del aludido Código. Adicionalmente de modo posterior el Código Penal Federal ampliaría el catálogo de delitos que pueden cometerse a propósito de la siembra, cultivo, producción, transportación y comercialización de sustancias con características prohibidas en la ulterior, Ley General de Salud.

⁶Informa Schievenini que este código en cita posteriormente dio origen con su reforma al Código de Salubridad de 1902, en donde se estipularon incluso cantidades mínimas de sustancias psicoactivas para venta en farmacias y entre ellas se mencionaron la codeína, cafeína, tintura de haschís y cocaína. De hecho, reconocía explícitamente el uso de la marihuana y permitía a los

No obstante, la reforma constitucional de 1908 a la entonces vigente Constitución de 1857 impidió que las entidades federativas reglamentaran o legislaran en materia de salud, *centralizando* esta función al Congreso de la Unión. Desde luego, a partir de ese momento el cambio de paradigma frente a las drogas cambió de moderado al prohibicionista, dando inicio al fenómeno de la “dictadura sanitaria” (Schievenini, Tarello, Del Llano, 2015) consistente en la centralización federal de la función legislativa y de la función administrativa en materia de salud.

Esto, desde luego arrojó los primeros dogmas, y especialmente en los discursos posrevolucionarios y conformadores de la ulterior Constitución Política promulgada en 1917, el común denominador a la referencia de drogas era que causaban la *degeneración de la raza*, con todas las aristas de índole eugenésico, limitativas de libertad y moralizantes que esto significa.

México no fue el único que comenzó esta práctica centralizadora de salud y moralizadora a propósito de las drogas, sino que siguió una tendencia iniciada por Estados Unidos de Norteamérica que para 1909, por presión de sus grupos

farmacéuticos y droguistas las ventas de dos gramos de hachís y medio gramo de extracto alcohólico de cannabis cada veinticuatro horas.

conservadores, organizó en Shanghai la Primera Convención Internacional en materia de venta de drogas⁷ siendo una de sus finalidades la prohibición de sustancias psicoactivas, es decir, aquellas que “producen cambios o alteraciones directas en la percepción del individuo que las consume, incluso los animales” (Samorini, 2003), y solo recordemos que esto llevó a dicho país a prohibir incluso, la producción, venta y consumo de alcohol; desde luego, con razones plenamente estipuladas en la misma “degeneración moral” (Schievenini, Tarello y del Llano, 2015).

Asimismo, México participaría en otras convenciones.⁸ Derivando de todas estas, la criminalización de producción y venta de drogas, y de este modo, el *modelo prohibicionista* iniciado logró su extensión. Sin embargo, nunca se explicaron otras justificaciones científicas, morales y políticas que llevaron a Estados como México a tomar estas determinaciones, y esto supone un problema dado que la criminalización del uso de drogas no

⁷ Esta convención se replicó en 1912 en la Haya, Holanda, para la prohibición de usos no medicinales del opio, nuevamente Estados Unidos promovió el tema, y México se adhirió a la misma hasta 1924 dado que el gobierno de Madero sufrió el embate de Huerta y el país sufrió convulsión política y bélica.

⁸ La Convención Única sobre Estupefacientes de 1961, enmendada por el Protocolo de 1972, el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971 y la Convención de las Naciones Unidas en contra del Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988,

necesariamente es un criterio homogéneo, ni mucho menos contiene bases científicas irrefutables dado que, como hemos visto, se construyó con dos errores de base:

1) Por un lado, a pesar de no tener evidencias concluyentes de los beneficios y perjuicios que cada sustancia implica para las personas (al contrario, varias de ellas controvertidas con usos anteriormente permitidos), se optó por asumir dogmáticamente que todo efecto negativo, sea cual fuere, es suficiente para prohibir, regular y criminalizar las actividades a propósito de una sustancia, utilizándose frases como la *degeneración de raza* o la *degeneración moral*, para justificar las condiciones negativas, y por ende construyendo, desde una falsa visión, científico-positivista un parámetro de vida deseable para todo individuo desde la perspectiva de aquellas autoridades que prohíben o criminalizan las drogas a voluntad. Ello así, porque las drogas o sustancias psicoactivas se prohíben o criminalizan por decisiones políticas más allá de las médicas.⁹

En gran medida, esta pretendida justificación sobrevino de un prejuicio médico, sociológico y jurídico al considerar a ciertos individuos

como inadaptados o *desviados* (Cajas, 2009) porque como lo referimos en diverso texto, “en esa sociedad, se ha considerado que tal goce no se encuentra dentro de un parámetro de normalidad” (Schievenini, Tarello, Del Llano 2015). Desde luego, estos prejuicios se arraigan social y culturalmente, de tal manera que la propia sociedad construye juicios a los que Kant denominó *sintéticos a priori*, es decir, aquellos que tratan de explicar cómo tautológico o evidente, algo que proviene de una serie de razones complejas como aquellas que proceden del método científico. Pero estos se arraigan en el uso humano como una categoría de conocimiento, a veces, fundado cuando quien lo utiliza conoce las formulaciones y orígenes de la aseveración, a veces, infundado cuando el emisor del juicio no entiende su razón sino que reproduce sin crítica alguna su contenido, empero, desgraciadamente así se han construido “verdades científicas”, como asumir por ejemplo, que toda sustancia psicoactiva altera al individuo y lo lleva a consumir otras sustancias más fuertes, a cometer delitos o inminentemente lo hace un peligroso adicto.¹⁰

⁹ Por eso un país como Estados Unidos en una época prohíbe el alcohol y luego lo libera sin tener ningún marco científico o comparativo con otras sustancias para permitir unas y otras no.

¹⁰ De la palabra latina *addictus*, que quiere decir “comprometido u obligado”, “sujeto al poder de otro”, como en su momento los romanos sujetaban a deudas o a cumplimiento de deberes en cuanto a su patrimonio a clientes o ciudadanos. (Margadant, 1998), pero que posteriormente en el argot médico se utilizará el “otro” como un

A guisa de ejemplo de estas construcciones de prejuicios podemos dar cuenta que en el siglo XIX durante el porfiriato, Heriberto Frías, al retratar a la marihuana en un par de crónicas carcelarias y Federico Gamboa en dos novelas generaron entre 1890 y 1895 una visión parcial de la misma, pero reproducida acríticamente por periódicos a tal grado que la tildaron de una droga que desquicia y vuelve furibundo, demente y antisocial a quien la consume (García, 2015), y ello, sin contar los embates del entonces joven poeta Tablada, quien escribió un célebre artículo en *El Imparcial* del 23 de junio de 1908¹¹ titulado “Las misas negras de la mariguana” que con exageraciones por una desagradable experiencia personal con la marihuana¹² exalta a la hierba como un agente para cometer delitos (García, 2015).

2) Adicionalmente, se ocultó de manera expresa la cantidad de fines disímbolos que se perseguían con el prohibicionismo y que no tenían que ver estrictamente con cuestiones de la salud de las personas, sino con trasfondos económicos, de poder político o de imposición moral

objeto, y en este caso la sustancia que contiene la droga o narcótico del cual se puede o no depender físicamente.

¹¹ Mismo año en que tuvo verificativo la Convención de drogas de Shangai instada por Estados Unidos.

¹² *Cfr.* García Robles. Quizá tratando de experimentar con sustancias emulando la escuela de los poetas malditos comandada entonces por Baudelaire.

de grupos de intereses, de tal suerte que se impidió con ese discurso sesgado, realizar un debate complejo en el que los basamentos de las prohibiciones no revelan su verdadera intención. Desde luego, no podemos descartar, entre otros, los intereses de los consorcios productores de plástico o acero frente a la producción industrial de cordel de cáñamo; de los laboratorios productores de medicamentos que quisieron competir con sustancias con mayor potencial curativo o que curan en menor tiempo un padecimiento y que son de más fácil acceso y más económicas, de publicidad comercial maliciosa para inhibir la adquisición de otro producto competidor: criminalizar un producto “x” favorece la adquisición de productos “y”; de intereses de votantes con visiones religiosas protestantes o conservadoras del mundo y que son el sostén político-económico de un gobierno determinado, entre otros.

Así pues, la pretendida justificación del prohibicionismo en México y en otros Estados se construyó a partir de:

- Con una visión científica parcial¹³ y cargada hacia el lado que políticamente convenía a sus promo-

¹³ Solo se mencionaban los efectos negativos de la sustancia en contextos violentos o socialmente desaventajados. Solo basta recordar que la marihuana era una droga de pobres y marginados.

tores, y máxime, contradictoria con otras evidencias anteriores que no representaban una razón de prohibición¹⁴ en el uso y consumo de algunas drogas.

- Con una visión moral para coaccionar la adopción de fines de vida específica de las y los gobernados, imponiendo al grupo social la visión de lo “saludable” que deben seguir, así como la limitación o inhibición a tener ciertas experiencias sensibles que un grupo de poder pretende sobre otros.
- Sin aportar elementos que permitieran controversia como las otras finalidades de índole económica, política y social que sustentan el régimen de prohibiciones.
- Partiendo de la base que el gobernado en todo momento es un ser desposeído de juicio, y por tanto, inminentemente toda sustancia la consumirá solo porque se encuentra disponible en un mercado, que lo hará en exceso y en detrimento de su propia salud y que inminentemente quedará reducido, adicto y enfermo de hacerlo, amén de sumirlo en un parámetro de desviación. (Paternalismo).

¹⁴ Cfrt. En México la permisón del uso de ciertas drogas con amplio potencial curativo de ciertos padecimientos, y desde luego, como todo producto, se pueden convertir perjudiciales con su abuso.

Podemos ver que las condiciones imperantes en el discurso prohibicionista que fueron construidas incluso bajo estándares de justificación dogmática vinculada a intereses económicos del capitalismo; y esto, desde luego, resulta piedra angular en el prohibicionismo puesto que, todo estudio jurídico del tema, y especialmente en América Latina, requiere de un nuevo enfoque, considerando que esta región del mundo, sin duda por su condición económica, social y cultural se ha visto más afectada¹⁵ por las políticas prohibicionistas que generan tráfico de armas para cárteles que tienen que enfrentar a los Estados, y quienes a su vez, persiguen la actividad para cumplir las metas de no trasiego de drogas hacia Estados Unidos quien fue, como se vio, el artífice del modelo prohibicionista.

Por esta razón, a nuestro parecer, el pluralismo jurídico es la corriente de estudio que nos podría aportar elementos porque se sustenta en nuevos paradigmas para entender al individuo en relación

¹⁵ En efecto, estas políticas especialmente boyantes en América crecieron a partir del discurso del 18 de junio de 1971 que pronunció Richard Nixon en su carácter de Presidente de los Estados Unidos de Norteamérica, aduciendo a propósito del Congreso de Prevención y Control del Abuso de Drogas declaró que el abuso de drogas era el “enemigo público número uno” del país y habló de dedicar más recursos federales para la prevención de nuevos adictos y la rehabilitación de quienes ya eran adictos, sin embargo el mensaje de la “guerra contra las drogas” fue la parte más reproducida de ese discurso, y la cual dos años antes ya había referido.

con el Derecho, los cuales implican una gran oportunidad de argumentar a favor de las libertades, como es la autodeterminación del individuo sobre el uso de drogas. Para ese caso, como lo afirma Antonio Carlos Wolkner es un “proyecto alternativo para espacios periféricos del capitalismo latinoamericano” (De la Torre, 2007) quien siguiendo el consejo de Boaventura Souza, aduce que implica cuatro nuevas articulaciones y requisitos:

1) La legitimidad de los nuevos sujetos sociales: no solo pensar en un individuo privado, abstracto y metafísico del liberalismo, sino en un sujeto vivo, actuante y libre, que participa, se autodetermina y modifica lo mundial del proceso histórico social. En otras palabras, los sujetos que se han emancipado de lo inerte, lo sumiso, lo dominado y la mera expectación; nuevas clases de ciudadanía que no tienen que ver necesariamente con la tradicional clasificación de clase, etnia, raza, sexo, edad, religión o necesidades (De la Torre, 2007) sino incluso, con la llegada de nuevas organizaciones y, por qué no decirlo, hasta tribus (Zermeño, 2006).

2) La democratización y descentralización de un espacio público participativo: entender que las nuevas ciudadanía y los grupos tienen necesidades disímbolas

que no necesariamente comparan con el modelo capitalista que impone —parafraseando a Carl Schmitt— lo que podemos llamar como el *freund-feind* del mercado, y por ende, si bien estos se encuentran más vinculados con exigencias de supervivencia mínima, podríamos incluir también las necesidades de estos grupos sociales, tribus, personas disímbolas o externos a lo considerado “normal” como la de experimentar y volar por sí mismos.

3) La defensa pedagógica de una ética de la solidaridad: dicho de otro modo, entender que el espacio público está marcado por conflictos y diferencias y por ende, es necesario entender a los nuevos sujetos colectivos. Esta ética de solidaridad parte de la praxis y no de la ontología (De la Torre, 2007) de tal suerte que no existen iluminados que trazan reglas a modo o utilitaristamente, sino entendimiento de los movimientos sociales y de las luchas de grupos y su necesidad de preservar sus libertades.

De hecho, esta es una “ética antropológica de la liberación que parte de las necesidades de los segmentos excluidos y se propone generar una práctica pedagógica capaz de emancipar a los sujetos oprimidos, injusticiados y expropiados” (De la Torre, 2007); y desde luego, por estar comprometida con la dignidad de los demás, tiene

bases teóricas duales, es decir, en las prácticas sociales cotidianas y en la filosofía libertaria.

4) **Consolidación de procesos conducentes a una racionalidad emancipatoria:** acciones, normas, y actividades deben entenderse bajo una razón de la totalidad de la vida y sus necesidades históricas y no solamente operacional.

III. EL DERECHO A LA LIBRE DETERMINACIÓN DE LA PERSONALIDAD COMO BASE DE LAS RESOLUCIONES DE LA CORTE

Aún cuando nuestra Corte no se ciñó necesariamente a un estudio pluralista jurídico como el que proponemos, sí utilizó algunos elementos en sus resoluciones y logró un análisis que desmitifica el panorama del modelo prohibicionista clásico desde el momento en que se confrontaron sus falacias. Pero esto no pudo ser posible sin la utilización argumental de los valores de libertad y dignidad sustentados en la Constitución Política, y que, amén de no tratarse de un derecho textualmente reconocido, pudo deducirse y maximizarse bajo el marco de la progresividad que sí prevé nuestro texto constitucional como elemento *sine qua non* de la protección de los

derechos humanos; por ello, es importante en este apartado estudiar precisamente cómo es que la Corte desarrolló este derecho del libre desarrollo de la personalidad como fundamento de sus postulados.

1. RESOLUCIONES QUE IDENTIFICARON EL VALOR DEL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD

En 2001 y 2006 la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos sufrió importantes transformaciones en su artículo primero¹⁶ al elevarse al rango constitucional un catálogo de derechos humanos sobre no discriminación y por consecuencia, el derecho a la igualdad a partir del impedimento de acciones u omisiones que vulneren la misma o supriman los derechos y libertades de las personas.¹⁷ Lo anterior es así ya que si bien los tratados internacionales forman parte del orden jurídico mexicano, estos se habían entendido hasta esa época como instrumentos normativos que jerárquicamente se

¹⁶ La primera reforma data del 14 de agosto de 2001 cuando fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, mientras que la segunda fue publicada el 4 de diciembre de 2006.

¹⁷ Estos ya se encontraban contenidos en convenciones a las que nuestro Estado ya se encontraba obligado en instrumentos internacionales como la Convención Americana de Derechos Humanos suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969.

encontraban en el mismo rango que las leyes secundarias de carácter federal como lo evidencian dos criterios de la séptima (Séptima Época Registro: 250698 Instancia) y octava época (Tesis P. C/92, Octava Época, 1992, p. 27), e incluso posteriormente en la novena época estos ascendieron a un rango superior a la legislación federal y local pero debajo de la Constitución Política (Pleno, Tesis: P. LXXVII/99 p.: 46), y por ello, existía aún cierta reticencia en su aplicación, pero su inclusión en el texto de la constitución permitió nuevas interpretaciones en el campo de las libertades de las personas.

De este modo, y previo a la reforma en materia de derechos humanos del 10 de junio de 2011 contenida en el mismo artículo 1º de la norma superior, la Corte dictó la resolución de amparo directo 6/2008 en donde el Pleno de la Corte sostuvo el criterio de rubro “Reasignación Sexual. Es una Decisión que forma parte de los Derechos al Libre Desarrollo de La Personalidad” (Novena Época, Registro: 165698, Pleno, Tomo XXX, Tesis: P. LXIX/2009, p.: 17) dentro del cual se hizo referencia por primera vez al concepto de la protección de la individualidad de la persona y la decisión libre de su proyecto de vida.

El mismo valor y similares consideraciones se utilizaron posterior-

mente en 2009 al resolverse el amparo directo en revisión 917/2009,¹⁸ y posteriormente, ya en 2015, estando vigente la nueva redacción del artículo 1º constitucional se emitió la resolución del amparo directo en revisión 1819/2014 en donde nuevamente se reiteraron los anteriores criterios a propósito de considerar inconstitucionales los preceptos de toda norma jurídica que obligue a la acreditación de causales de divorcio como presupuesto del mismo, por atentar precisamente contra el proyecto particular que se traza la persona con relación a sus afectos y familia.

2. JURISPRUDENCIA ALEMANA EN MATERIA DEL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD

El derecho denominado como libre desarrollo de la personalidad que ha sido referente de la Corte mexicana, originalmente se estipuló expresamente en el artículo 2 numeral 1 de la Ley Fundamental de la República de Alemania en 1949, y a partir de ahí surgieron desde luego casos que tuvieron que interpretar

¹⁸ Aquí se estudió la constitucionalidad del divorcio sin causa o incausado en la legislación civil del Distrito Federal la Primera Sala optó por decantarse por su inconstitucionalidad *dado que el libre desarrollo de la personalidad permite a un individuo disolver su vínculo matrimonial cuando su continuación representa una afectación a su voluntad y plan de vida decidido, y por tanto no existe obligación de demostrar una causal.*

el alcance de tal concepto como el de *Wilhelm Elfes* de 1953.

La Ley Fundamental de la República Alemana del 23 de mayo de 1949 permitió en su momento que fuera fundada una parte del Estado Alemán (la occidental), dado que el surgimiento de este texto fue posterior a la segunda guerra mundial, y por tanto, a la división territorial de Alemania que no concluyó sino hasta 1989 con la caída del muro de Berlín.

Esta ley permitió que al menos en ese momento la parte occidental sentara las bases de cooperación, unidad y respeto de derechos que tenían que replantearse tras el conflicto armado y el papel del Estado Alemán previo al fin de la guerra (Grimm, 2009).

La Ley Fundamental fue producto de la actividad del Consejo Parlamentario que fungió como constituyente y que fue solicitado por los *Länders* (entidades federativas) quienes trataron de replantear los principios y dejar atrás el modelo totalitarista impuesto por el tercer Reich. A este respecto, Grimm nos informa que el politólogo conservador Dolf Sternberger escribió, tras los primeros 30 años de su promulgación, que esa Ley Fundamental era algo que podía hacer sentir orgullosos a los alemanes occidentales y resultó el eje del “segundo patriotismo”. Ello así en virtud de

que fue un elemento que se pudo visualizar como unificador de un territorio dividido entre dos bloques con influencia de diversas visiones económicas y de orden, y que representó la transición de un Estado totalitarista a una república democrática. Posteriormente, Habermas utilizaría este mismo concepto para propagar la idea del patriotismo constitucional (Grimm 2009).

Se trató de una reacción a la Constitución de Weimar 1919 y las reformas que sufrió para justificar el nacionalsocialismo, razón por la cual replanteó la inclusión de la dignidad y la visión de no retroceso democrático, ni de negación de la vinculación jurídica del Estado¹⁹ (Grimm, 2009).

Así, la Ley Fundamental alemana es un estandarte del discurso de los derechos humanos y especialmente de la dignidad, como lo refleja en su artículo primero que esencialmente protege la misma, vinculando a los poderes públicos y más aún, declarando su intangibilidad, es decir, un elemento que permite comprender la dignidad como un término sujeto a una ampliación conforme a la interpretación integral de libertades

¹⁹ Recordemos que un estamento del nacionalsocialismo era el de someter al Estado a la voluntad de lo que el jurista Carl Schmitt llamó *unidad política nacional*, es decir, el designio mayoritario del grupo de poder político que representa una nación con ideas, costumbres e historia y sangre comunes que puede decidir entre amigos y enemigos (*freund-feind*).

y derechos que contiene la propia constitución *in extenso*.

Es decir, más allá de un mero derecho que se conforma como un valor que sostiene a la república como tal y sujeto a la interpretación del caso concreto para su correcta progresividad, que como sabemos es un elemento característico de la operatividad de los derechos humanos o los valores que permiten su construcción. Así, uno de los aciertos de la Ley Fundamental en cita, fue crear al Tribunal Constitucional que iniciaría un nuevo método interpretativo (Grimm, 2009), dado que superó la dinámica positivista-formalista que limitaba el alcance de los derechos a decisiones políticas o al sentido estricto sin contenido libertario, y fue además, sustentado en dos rasgos que son: la orientación de valores y la referencia a la realidad (Grimm, 2009), es decir, una forma dinámica de comprender a la Ley Fundamental dado que no solamente implica la lectura de un artículo, sino el entendimiento del valor estadual que respalda. El derecho que se reconoce bajo el mismo y la profundización sobre su realidad, solo se logra en mayor medida al evitar que los derechos a proteger sean entendidos fuera de la persona que los reclama y de su autonomía para hacer válido su plan de vida, así como sus intereses en relación con el conjunto social. Así, el

Tribunal Constitucional se convierte en un investigador de la realidad soportada con valores y principios o directrices para hacer amplios y efectivos estos y los derechos que de estos se desprenden. Por ende, sin salirse del parámetro jurídico, auxilia en la progresividad de los derechos particulares que puedan ser maximizados y garantizados a partir de tales valores constitucionales.

Bajo esta lógica, el llamado caso Elfes es paradigmático en este ejercicio dinámico dado que en 1953 permitió al Tribunal Constitucional Alemán entender que la libertad es basamento de la dignidad, y por ello, las actividades individuales aunque no se encuentren expresamente amparadas en el texto constitucional pueden y deben tener esta protección siempre y cuando el ejercicio de libertad no afecte a los terceros en medida lesiva, o bien, cuando la restricción que las normas secundarias o actividades de autoridad se impongan al gobernado, no respeten la proporcionalidad; es decir, que el fin pretendido por la norma sea desproporcionado con las restricciones de la persona.

Empero, no podemos soslayar que este caso surgió a partir de que al señor Elfes le negaron una solicitud de pasaporte y ello lo motivó a reclamar una afectación a su derecho a viajar. Es decir, este caso no resolvió un tema de uso de drogas,

sino que el reto era explicar cómo es que ese derecho a viajar y a decidir cómo y cuándo hacerlo, es parte de la dignidad y por tanto implica la decisión libre sobre cómo hacer un plan de vida de la persona, a pesar de que *per se* en el texto de la Ley Fundamental no existe tal derecho. Así, el Tribunal logró concretar varios puntos importantes:

- La dignidad humana es un valor, y por tanto su contenido implica una protección de la libertad espiritual, política y económica que no puede ser menoscabada por el Estado o por otras personas (*Cfr.* Caso Lüth. Jurisprudencia BVerfGE 7,198).
- Los ciudadanos en lo individual tienen una esfera para la estructuración de su vida privada y ahí debe existir un ámbito inviolable de libertad, de tal forma que una ley que intervenga en la misma (amén de no estar expresa la libertad en lo específico en la Ley Fundamental) deberá ser repelida del orden jurídico (Jurisprudencias BVerfGE 6, 32 y ss BVerfGE 34, 369 [378 y ss.]; 55, 144 [148]).
- Aún cuando la libertad en específico no se encuentre contenida en el texto constitucional, esta debe ser protegida como parte de la dignidad.
- No obstante, el mismo Tribunal Constitucional a propósito de un estudio que se vio obligado a realizar en los años noventa con motivo de imputaciones de inconstitucionalidad a la Ley de Estupefacientes y concretamente sobre la petición de dejar de criminalizar la posesión y actividades atinentes al *cannabis* (Página 106 Sentencia de la Segunda Sala, del 9 de marzo, 1994 –2BVL 43, 51,63,64, 70,80/92, 2 BvR 3021/92), limitó el criterio previamente referido con algunas argumentaciones que parecieran dogmáticas.
- Las limitaciones a la libertad general de actuación, con base en tales disposiciones legales, no violan el art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental (cf. Por tanto, *no existe un “derecho a drogarse”* que pudiera escapar a esas restricciones... A esto se añade el que con la adquisición para el propio consumo, se desarrolla la demanda por la droga, lo que constituye el mercado ilegal de las drogas desde la perspectiva de la demanda (Página 111 Sentencia de la Segunda Sala, del 9 de marzo, 1994 –2BVL 43, 51,63,64, 70,80/92, 2 BvR 3021/92).
- Si se reconoce que la imposición de sanciones penales en contra de quienes solo desean probar y de quienes ocasionalmente con-

sumen pequeñas cantidades de productos de *cannabis*, puede implicar efectos desproporcionados sobre los autores individuales; incluso desde el punto de vista preventivo, resultaría perjudicial, pues podría orillar al sujeto a refugiarse en la escena de las drogas y a solidarizarse con ella (*ibidem*).

- Como la prohibición de traficar con productos de *cannabis* no obliga a nadie a recurrir a otro tipo de narcóticos “La decisión de abusar de otros estupefacientes” y causarse de ese modo un daño a la propia salud, se encuentra más bien dentro de la esfera de responsabilidad del mismo consumidor (*Idem*, p.112).
- El legislador puede tomar en cuenta múltiples circunstancias para la prohibición de sustancias que van “desde las formas de uso, la utilización en la vida común, combatir el abuso con perspectiva de éxito, y los requisitos de una cooperación internacional para el control y la lucha en contra de los estupefacientes y las organizaciones criminales que comercian con ellos” (*Ibidem*). De ahí, la validez constitucional de su prohibición.
- Reconocen que el “abuso del alcohol trae consigo peligros tanto para el individuo como para la

comunidad, que son casi iguales, o incluso peores, a los del consumo de *cannabis*” (*Ibidem*). Pero después hacen un distingo sustentado en varias cuestiones dogmáticas:

- a) Algunos productos que contienen alcohol sirven como alimentos y condimentos; en forma de vino, son utilizados también en el culto religioso, b) En todos los casos predomina una utilización del alcohol que no lleva a un estado de intoxicación; su efecto embriagante c) En el consumo de productos de *cannabis*, por el contrario, está en primer plano en forma típica, la obtención de un efecto embriagante, d) “el legislador también se ve enfrentado a la situación de no poder prohibir en forma efectiva el disfrute del alcohol debido a las arraigadas costumbres de consumo en Alemania y en el círculo de la cultura europea” (*Ibidem*).

Como puede observarse, a pesar de que la Ley Fundamental alemana contiene el precepto jurídico del libre desarrollo de la personalidad, en el caso del *cannabis*, particularmente limitó el precepto y a contrario del criterio Elfes, sostuvo la validez de la limitación del proyecto de vida del individuo de un modo un tanto cuanto contradictorio, dado que por una parte toda

la estructura de su argumentación la sustenta en el primer rubro: “no hay un derecho a drogarse”, amén de que posteriormente aduce que al prohibir las drogas, el Estado no es responsable de que los individuos abusen de otras drogas no prohibidas (léase alcohol o tabaco), dado que eso es “responsabilidad de cada persona”, y más aún, a pesar de reconocer que otras sustancias pueden ser más dañinas que el *cannabis* y son permitidas, aduce que esto es voluntad de legislador tomando en cuenta “múltiples factores”, sin que ello desde luego, sea una justificación, sino un mero buen deseo y carta abierta al legislativo para pensar cualesquier excusa para prohibir sustancias, y ello se evidencia a tal grado que la conclusión del criterio sobre ¿por qué no prohibir el alcohol pero la marihuana sí? la pretendió resolver aduciendo cuestiones culturales y de arraigo, así como el hecho de que el alcohol no siempre se usa para embriagarse.

IV. ADHESIÓN ARGUMENTAL AL CASO MEXICANO

Las razones que sostuvo desde 1994 el Tribunal Constitucional alemán ya no constituyeron el antecedente de las resoluciones de la Primera Sala de la Corte mexicana,

y *a contrario*, como lo anticipamos en la introducción, la Corte utilizó un método de resolución que trascendió favorablemente el criterio alemán, aun cuando debemos ser claros en el sentido de que la Corte solo estudió la constitucionalidad de normas de carácter sanitario y no penal, amén de que no estudió, por no ser materia del litigio, el derecho a comerciar el *cannabis* o droga alguna. Veamos:

1. Utilizando la base teórica ya explicada y precedentes propios (a lo que denominan nueva teoría constitucional), reconoció que aun cuando la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no contenga expresamente el derecho al libre desarrollo de la personalidad esto no impide su consideración en el orden jurídico mexicano, tomando en cuenta que el artículo 1º de la norma fundamental prevé en su universalidad y generalidad el reconocimiento de derechos humanos y desde luego con su característica de progresividad, amén de integrarse al orden constitucional los tratados internacionales en materia de derechos humanos en los que México sea parte, incluyendo el Pacto de San José.

2. Partieron de la base que el derecho al libre desarrollo de la personalidad está sustentado en la dignidad humana e implica la forma en que las personas ejercen su

libertad y autonomía, construyendo un plan de vida propio sin la intervención paternalista del Estado que pretenda imponer modelos forzosos de vida a los gobernados, y al tenor del principio de progresividad, deben ser extensivas a las actividades humanas cuyo desarrollo no implique una afectación directa a terceros; y estos se sustentan en todo el cuerpo constitucional bajo el estandarte de la propia libertad.

Al respecto y en abono a lo anterior, los deberes de conducta basados en la ética se traducen en máximas de fines morales (Rivera, 2004), y siguiendo a Aristóteles se puede decir que el bienestar de los otros y la actividad para llenarse de virtud uno mismo son fines buenos en sí mismos, sin embargo:

De acuerdo con Kant, es imposible coaccionar a alguien a la adopción de un fin, y por ello, es imposible coaccionar a los demás a la adopción de estas máximas. Esta es la razón por la que él sostiene que no podemos tener el deber de promover la perfección de los demás. En el dominio de la ética, cada quien es libre de imponerse a sí mismo los deberes morales y de comprometerse con su observancia (Rivera 2004).

Es decir, una cosa es la decisión propia de conducirse en cumplimiento de fines éticos, pero otra muy distinta es que el Estado construya una ética legal y la imponga, dado que

eso interviene negativamente en la autodeterminación.

3. Entendidos los estándares de libertad y la autonomía y dignidad del individuo, establecen la necesidad de realizar un test de proporcionalidad sobre las normas que son cuestionadas de inconstitucionales por los particulares y para ello, aplican sus cuatro gradas: c.1) legitimidad de los fines perseguidos con la medida; (c.2) idoneidad; (c.3) necesidad; y (c.4) proporcionalidad en sentido estricto (Amparo en revisión 1115/2017), en el entendido que a todas ellas debe adecuarse a la norma, dado que probar una grada implica un vicio de inconstitucionalidad.

4. Al realizar el test de proporcionalidad y especialmente en la tercera y cuarta grada, la Corte recurrió a varias consideraciones: 1) teoría, y especialmente aquella que revisa el concepto de libertad y autonomía, 2) evidencia científica y diversas opiniones positivas y negativas sobre el *cannabis*, desde luego incluyendo su comparación con otras sustancias lícitas o permitidas, así como reconociendo la falta de evidencia favorable o desfavorable en otros casos, 3) factores sociológicos sobre las conductas alrededor del consumo del *cannabis* en relación con el derecho a la salud y a los terceros.

De hecho, en la revisión de este punto sostiene que, si bien el

sistema de controles administrativos sobre sustancias que pueden afectar la salud es una función de Estado y es plausible, resulta desproporcionado e innecesario negar al individuo mayor de edad la oportunidad de hacerse de su propio *cannabis*, para consumo sin fin de venta, dado que el desarrollo de la personalidad también implica el uso lúdico de una sustancia.

La amplitud de los argumentos de la Corte permitió que a diferencia de lo que hizo el Tribunal Constitucional Alemán en los noventas, argumentaran:

A) Que la voluntad humana implica una libertad de elección y esta

...puede incluir, como ocurre en el presente caso, la ingesta o el consumo de sustancias que produzcan experiencias que en algún sentido "afecten" los pensamientos, las emociones y/o las sensaciones de la persona (*Idem*. p. 92).

En abono a esta consideración debemos entender

...la Libertad desde una visión dinámica, como manifestación de la voluntad autónoma de cada actor, que decide en ausencia de coacción, y desde sus principios juicios valorativos, qué plan de vida seguir (Herrán, 2010).

En efecto, esta construcción que el autor citado realizó a propósito de los estudios de F.A. Hayec, nos

indica que la libertad no es estática, y es tan cambiante como las decisiones de los individuos que actúan dentro de un entorno social y relacionados con los demás (de otra manera la libertad no tendría sentido); por tanto si una estructura de poder pretende imponer deberes ajenos a la propia voluntad de los individuos como si se tratara de una moral propia de esa estructura, esa "asimilación del orden social dentro de sí misma, resulta fallida" (Herrán José, 2010).

Por estas razones, el mismo autor aquí estudiado propone como una forma en que el Estado pueda garantizar la libertad positiva (el hacer, actuar, omitir voluntariamente) y la libertad negativa (la garantía del Estado de permitirle al sujeto hacer y actuar) puede darse utilizando el principio de F.A. Hayec: "sustituir los fines concretos comunes por normas abstractas universales" (Herrán, 2010), y ello implica entonces que el Estado no debe imponer sus fines de modo concreto al individuo, sino redactar normas abstractas universales, es decir, que su aplicación pueda implicar a todos sin vulnerar su libertad, y por ello, el mismo autor hace hincapié que existen actos que irremediablemente el individuo va a realizar y estos forman parte de su proyecto de vida (quiera o no el Estado), de tal suerte que estos pueden ser

aceptables cuando media el principio de responsabilidad, es decir, “el deber jurídico de soportar los costes derivados de nuestras acciones” y “el deber moral de asumir con rectitud las consecuencias de toda acción emprendida libremente” (Herrán, 2010) pero sin que ello implique desde luego soportar la limitación de una libertad cuando esta es desproporcionada.

B) Deduce que fumar marihuana no solo tiene un efecto embriagante, sino que la decisión de fumar marihuana puede tener distintas finalidades, entre las que se incluyen: “el alivio de la tensión, la intensificación de las percepciones o el deseo de nuevas experiencias personales y espirituales” (Amparo en revisión 1115/2017).

Aquí, nuevamente la Corte se aparta de las deducciones del Tribunal Constitucional alemán y utiliza un método que tiene que ver con el entendimiento amplio de los derechos humanos, partiendo de dos elementos centrales que son el balance de la realidad a la luz de las libertades individuales y, por tanto, entender la noción de que la universalidad de los derechos humanos no conlleva necesariamente una igualdad absoluta de los derechos que cada persona o grupo quiere (como lo afirmamos al revisar el pluralismo jurídico como método de estudio) sino que estos pueden ser diferentes

en especie sin perder lo universal por ser de aplicación a todos los que se coloquen en la situación especial. De hecho, aquí surgiría formalmente la subrama de la libre personalidad que implica la libertad de usar sustancias, es decir, al contrario de lo que resolvió Alemania, si existe un derecho a drogarse si así lo desea el individuo, dado que es su derecho de experimentar sensiblemente.

Lo anterior, permite una forma operativa de hacer valer derechos humanos, como lo indica Silvina Álvarez Medina quien retoma el pensamiento de Joseph Raz en su ensayo “Diferencias, Asimetrías y Derechos” (Cerdio, De Larrañaga y Salazar, 2018), la universalidad de los derechos humanos aparece matizada por la dimensión temporal, es decir, que podrían existir distintos derechos humanos para distintas personas. De hecho, utiliza una pregunta de Raz: ¿si las personas pueden tener diferentes derechos humanos en diferentes períodos, por qué no podría ser el caso que personas que viven hoy, tengan diferentes derechos humanos?, ¿por qué los derechos humanos deben ser sincrónicamente universales?

Si bien, la autora perfila esta cuestión para los derechos de las mujeres, bien vale la pena entender que esta idea puede aplicar a nuestro estudio, atendiendo al contexto interactivo de quien puede ser

titular de ellos, por ejemplo, si las personas que no consumen droga alguna legislan para que otros no lo hagan, estarían pretendiendo repetir su fenómeno personal y de vida en los demás, mientras que aquellos que crecen, bajo un contexto interactivo donde incluso el uso de drogas no representa un peligro *per se* a terceros o incluso, representa una cura, una forma de asociación, una fiesta, etc; obviamente no podrían compartir la total prohibición, y curiosamente, ambos tienen derechos universales, pero que pudieran no ser conmensurables dado que ambos tienen una diferente forma de relacionarse en la sociedad.

A propósito de esto, Silvina Álvarez retoma el pensamiento de Carol Gould y aduce que la noción de los derechos humanos debe considerar la agencia (el permiso, la libertad) en su dimensión individual y en su entorno social, y por ello, la existencia de una interdependencia entre ese permiso o libertad que un individuo pretende ejercer frente a otros que coexisten o interactúan con este (Cerdio, De Larrañaga y Salazar, 2018). Así, la independencia del individuo para tomar decisiones requiere de considerar dos sentidos: por un lado, el de la aptitud “para decidir por una misma para no dejar en manos de otras personas elecciones relevantes”, y por otro, el de considerar

el contexto y relaciones del individuo que voluntarias o involuntarias le condicionan sus decisiones personales dado que nutren “la capacidad emocional, cognitiva y conductual de la persona” (Cerdio, De Larrañaga y Salazar, 2018). Estas relaciones e interdependencias nos dejan ver precisamente que una persona tiene contexto particular cuando experimenta y usa drogas, dado que reflejan que ser “independiente no es apartarse o aislarse de los demás, sino más bien, lo contrario: tomar en consideración el entramado de relaciones en el que nos desarrollamos para poder posicionarnos, definirnos y decidir cuál es nuestra propia disposición en ese marco” (Cerdio, De Larrañaga y Salazar, 2018).

Sin duda alguna, la Corte recurrió a estos elementos dado que no cayó en la trampa dogmática de asumir que la marihuana solo tiene un efecto como lo hizo el tribunal alemán, sino que tuvo que recurrir a la relación de una persona con otras, al entendimiento de su desarrollo en una comunidad específica, y de la toma de decisiones propias a propósito de lo que desea para sí.

C. Deduce que: “las intervenciones basadas en fines perfeccionistas no encuentran protección constitucional, pues el Estado no puede exigir a las personas que se conduzcan de acuerdo con un determinado

modelo de virtud” (Amparo en revisión 1115/2017), tema en el que ya abundamos anteriormente.

D. De modo importante, comienza después a demoler argumentos dogmáticos, comenzando por el hecho de que: d.1) la degradación moral de quien consume *cannabis* no es un propósito legítimo a regular por parte del Estado; d.2) revisa estudios críticos sobre adicciones y tratamiento y entiende que diversos países han adoptado el tema como cuestión de salud y por tanto, el *cannabis* se regula bajo controles sanitarios que limitan el lugar de uso, la publicidad del producto, la edad, y el no proporcionarlo a menores, d.3) hace un estudio comparado con Derecho de otros países para deducir que existen alternativas a la prohibición *per se*, d.4) reconoce que no hay evidencia científica para aducir que los individuos que consumen *cannabis* consumirán drogas más fuertes; y d.5) desecha la idea de que el consumo de la droga implica la comisión de delitos.

Abundando al estudio de Derecho comparado nos parece que el caso Portugal puede ser un parámetro para iniciar cambios en políticas públicas y legislativas. Por el modelo de prohibicionismo y el entendimiento del problema de las drogas, educación y prevención que ahí se gestó es necesario para establecer modelos alternativos que

deben incluir en el futuro, al menos la despenalización de la posesión de todas las sustancias (no así del comercio o la producción en masa para tal fin). Ello así, porque la evaluación del modelo lusitano del que operativamente ha estado encargado el Doctor João Goulão al frente del Servicio de intervención en Comportamientos Adictivos y Dependencias (SICAD) así lo deja ver. Dado que gracias a la acción legislativa del Parlamento portugués de julio de 2001, dicho país despenalizó las actividades de compra y posesión para consumo personal de todo tipo de droga y las tornó en meras faltas administrativas (Del Barrio, 2016), pero lo más singular de este modelo o vía, es que generó un cambio en las tablas de posesión de drogas cuya tenencia material es tolerable hasta por el consumo mínimo que por diez días tendría una persona que consume la droga que se trate,²⁰ “según reconoce Goulão, no es la descriminalización del consumo, sino las políticas de reducción de daños y de reinserción social” (Del Barrio, 2016), las que han logrado en múltiples aspectos la disminución sensible del consumo de drogas que, por su cualidad adictiva, han sido consideradas fuertes como la heroína; siendo esto, una puerta

²⁰ Como ejemplo, en el caso de la marihuana, una posesión permitida en este contexto se eleva a 25 gramos.

que el Estado mexicano debe cruzar inminentemente, amén de los avances producidos por las resoluciones de la Corte. Si acaso queremos transitar verdaderamente a un nuevo modelo —que si bien puede tener errores— al menos debe permitirse demostrar su eficacia, pues desde 1971 se ha pretendido demostrar que el combate frontal funciona sin el resultado esperado²¹ y en contrario, con consecuencias claramente lesivas, especialmente en los países subdesarrollados o en vías de desarrollo.

5. Desde luego, las resoluciones no desconocen los problemas de salud que puede generar el consumo recreativo del *cannabis*. Empero, en vez de ponderar el alcohol por su “cultura” como lo hizo el tribunal alemán o imponer límites en el *cannabis* pero lanzar toda la responsabilidad al individuo en el uso de alcohol u otras sustancias, la Corte mexicana se decantó por comparar efectos del *cannabis* con otras

sustancias que pueden trastocar el correcto desempeño de la persona en ciertas condiciones, como el conducir vehículos de motor por ejemplo. Bajo esa condición, encontré razonabilidad en el uso de ambas sustancias con la madurez y discreción de asumir la consecuencia legal de poder afectar a terceros²² pero con las mismas previsiones que existen, por ejemplo, para el alcohol. En esa tesitura encuentra desproporcionalidad su imposibilidad total de acceso por quienes así lo desean.

De hecho, el estudio de la Corte se circunscribió al *cannabis* de manera muy particular en la página 131 de la resolución 1115/2017, ahí se puede desprender que se construyó un argumento que podría permitir el mismo estudio, pero para otras sustancias a las que podrían tener acceso en las mismas condiciones las personas mayores de edad. A esto lo denominamos el *quid prohibicionista*, es decir, las razones que quizá la Corte reservó para poder deducir en el futuro qué sustancias sí y qué sustancias no serán sujetas al mismo tratamiento que el *cannabis* en relación con su permisión

²¹ A guisa de ejemplo, tenemos el dato de que en México, tan solo en el 2010 “...el 42% del total de los detenidos por la PGR fueron por delitos contra la salud; la posesión y el consumo constituyeron el 71% de este grupo. En las Encuestas a población en reclusión en el Distrito Federal y el Estado de México, CIDE-PESED (2002-2009), se encontró que de entre los detenidos por delitos de drogas, los que correspondieron a la marihuana nunca fueron menores al 35%. Además, saturar nuestro sistema penal y penitenciario con consumidores de marihuana, significa que estamos dejando en impunes otros delitos como homicidio y secuestro, porque los recursos de estado no dan para perseguir todo delito” (Alonso Fernanda, Madrazo Alejandro 2015).

²² Con las faltas administrativas, la responsabilidad penal por la comisión de un delito denominado “de peligro” como manejar vehículo de motor en estado de ebriedad o bajo el influjo de sustancias y la comisión, incluso de faltas administrativas de tránsito, así como la responsabilidad civil por los daños que pudieran causarse a los terceros.

para consumir, poseer, transportar y en su caso, cultivar o producir para autoconsumo. Esto nos parece así, dado que expresamente lo previó al aducir que solo estaría limitado a justificar el libre desarrollo de la personalidad para prevenir daños graves, pero no así daños menores (con relación a la sustancia).

Esto quiere decir que si un mayor número de particulares estuvieran en aptitud de demostrar en el juicio de amparo que las afectaciones de una sustancia “x” no conlleva graves daños, entonces deberá seguir la misma suerte que la marihuana (en cuanto a su regulación administrativa). Desde luego, el tabaco, el alcohol, el azúcar, la caféina, etc; serían igualmente marcos comparativos frente a estas y otras sustancias con las que se podría realizar un marco comparativo, pues solo así, se podría discernir entre el daño menor y el daño grave; cuestión que podría introducir en las permisiones administrativas para uso lúdico a otras drogas que puedan tener estas propiedades, y desde luego, nos atrevemos a anticipar que existen un cúmulo de drogas llamadas suaves²³ que podrían ser objetivamente acreditadas en este parámetro. Para ello, podríamos anticipar

²³ Este tipo de drogas normalmente producen efectos cuya afectación a la salud tiene parámetros de afectación no tan graves y podrían no generar graves procesos de adicción que se entienden como: “...la pérdida del control, la compulsión, y en cómo es que las drogas producen esos efectos”

el éxtasis, los hongos, el peyote,²⁴ el LSD, y otras que podrían a través de estudios serios, llegar a la misma condición, siendo entonces que su planteamiento requiere de evidencia científica, y por tanto, carga probatoria del reclamante, empero, al menos nos queda claro que existe la oportunidad y por ello, resulta interesante la vinculación del quehacer de la medicina, la antropología y la sociología.

6. Por último, es necesario entender que estas resoluciones podrían ser inocuas en el modelo prohibicionista si no tienen un eco legislativo y de políticas públicas en materia de educación, salud y modelos de seguridad orientados a la persecución de delitos de alto impacto, antes que en la persecución de la sola posesión de drogas, aun cuando estas fueren de las que la Corte considera de grave daño. Y ello así no solo para que el cambio de modelo prohibicionista

es decir, la imposibilidad de detener el consumo, en palabras de Nora Volkow en la entrevista “Las drogas y la adicción una conversación con Nora Volkow” de Enrique Soto para la BUAP visible en <http://www.elementos.buap.mx/num70/pdf/19.pdf>.

²⁴ Nunca podríamos soslayar que esta planta es de difícil cultivo y adicionalmente es una especie endémica, amenazada y en algunos filos en peligro de extinción y por tanto protegida por normas ambientales, es decir, su permisión no podría incluir el desmonte de la misma de los lugares donde se presenta, dado que así se prevé en la Norma Oficial Mexicana NOM-059-SEMAR-NAT-2010 actualizada en el DOF en de junio de 2010, sobre Protección ambiental-Especies nativas de México de flora y fauna silvestres-Categorías de riesgo y especificaciones para su inclusión, exclusión o cambio-Lista de especies en riesgo.

se reoriente a otro, donde se pondere la salud y la protección de la población de los delitos que la dañan en grado superlativo (léase homicidio, secuestro, extorsión, robo, etc.), sino que se pondere la libertad del individuo. Lo anterior conlleva la despenalización de la posesión de droga para consumo personal,²⁵ es decir, no basta con controles administrativos como se anticipó, quizá no todas las drogas los superen, pero sí el impedir que los consumidores sean sujetos a la máxima sanción del Estado por pretender ejercer su libertad.

Obviamente, esta consideración debe ser precedida del retiro de los prejuicios tradicionales del modelo prohibicionista que hemos esbozado en este ensayo, y que podemos resumir a continuación (Vázquez, 2016):

- No es un objetivo legítimo del sistema jurídico promover planes de vida buenos y caracteres virtuosos porque ello entra en conflicto

²⁵ El *ius* filósofo, Rodolfo Vázquez, elaboró una serie de reflexiones a propósito del documento “Drogas y democracia; hacia un cambio de paradigma” que fuere presentado en marzo de 2009 y recoge conclusiones de la Comisión Latinoamericana sobre Drogas y Democracia creada por los expresidentes Fernando Enroque Cardozo de Brasil, César Gaviria de Colombia y Ernesto Zedillo de México, y entre ellas identifica perfectamente que la justificación ética de la *criminalización de la posesión* de las drogas para consumo personal no es correcta, y los que refiere como *cuatro argumentos de prohibición* los considera falsos, es decir, los argumentos: *perfeccionista, paternalista, el de defensa social y el democrático* (Vázquez 2016).

con la capacidad de cada individuo de elegir libremente.

- La intervención del Estado para proteger al individuo a efecto de que no se dañe podría justificarse solamente cuando existe afectación de la voluntad del individuo (por diversas razones y grados) y únicamente para proteger a dicho individuo y no por lo que terceros consideren que puede ser su bien.
- La acción individual de consumir una droga solo puede causar perjuicios a terceros si el consumidor induce voluntariamente a otros que carecen de voluntad para decidir hacerlo, o bien, si comete delitos bajo el influjo de estas, empero cuando la voluntad de consumirla para delinquir *per se* haya sido precisamente el móvil del consumo.²⁶
- No puede sostenerse la falacia generalizada de que el consumidor es un adicto que se encuentra totalmente obnubilado y carece de sentido y acción, y que forzosamente es improductivo o que es imposible rehabilitarlo. Si la inactividad propiciada, eventualmente, por el consumo de drogas fuera el factor decisivo para penalizar su consumo, entonces

²⁶ De otro modo estamos en presencia de acciones *liber in causam* que en palabras de Gunther Jakobs están precedidas por la voluntad de delinquir y no es la droga la que torna en delincuente al individuo.

habría que penalizar toda actividad no productiva (Vázquez 2016).

De este modo, la sola posesión para consumo personal de las drogas (cualquiera) no puede y no debe ser una actividad criminalizada, y más aún, aquellas que puedan rebasar el test de proporcionalidad de políticas públicas o normas, sustentado científicamente en evidencia sobre su poco o nulo daño físico. Sin embargo, este elemento *per se* debe acompañarse de políticas públicas que pueden partir de las siguientes bases mínimas:

A. Reconocer que las drogas tienen diversos arquetipos socioculturales o usos en cuanto a su consumo (ritual, medicinal, experimental, símbolo de resistencia cultural, control del propio Estado, embrutecedor o desinhibidor) y por tanto, estos pueden elegirse libremente por el individuo.

B. El Estado tiene la obligación positiva de proporcionar a la población información correcta, completa y sobre todo, objetiva, sobre las características, consecuencias fisiológicas y efectos que las drogas producen. Sin embargo, tendría que extraer los contenidos morales de tal información²⁷ sin que esto implique por ningún motivo, la promoción

de la actividad. Lo anterior representa cambios en el modelo educativo y de atención a las adicciones.

C. Se tendría que excluir, en consecuencia teórica y lógica, los contenidos morales de la visión estadual de las drogas, y por ende, respetar la educación familiar como base o pilar de la dirección con relación a su acercamiento o no a tales sustancias. Consecuentemente respetaría la voluntad libre de la persona mayor de edad y no alienada mental o físicamente hacia el consumo de drogas como una experiencia sensible. Por tanto, es reconocido este derecho basado en la dignidad.

D. La penalización y/o criminalización solo puede proceder en casos de publicidad, incitación al consumo en menores o incapaces o coacción, posesión en cantidades clara y objetivamente fuera de los parámetros de consumo personal, hecho que implica incremento de posesión en tablas, sobre todo, pensando en consumos de períodos de tiempo, como el caso Portugal. En caso de comercio no autorizado, dado que no podemos soslayar que el Estado podría autorizar la comercialización de ciertos productos como ocurre en el caso de Uruguay, en particular en México tendría que haber una fuerte participación de

con información relevante y objetiva, la prohibición tendría que asumirse como un ejercicio moral-familiar, pero no estadual jurídico.

²⁷ Pensemos en los programas “vive sin drogas”, los mismos tendrían que ser reevaluados a efecto de contribuir

autoridades de seguridad para garantizar la propia actividad, y desde luego la política fiscal puede ser benéfica para el desarrollo social y económico.

E. El Estado no quedaría ajeno a sostener políticas e instituciones que permitan la asistencia de personas que carecen de capacidad para poder dejar de consumir una droga y esto afecte su funcionalidad a través de instituciones y programas de salud en dicho sentido, tanto de oficio, como para aquellos que libremente lo soliciten.

El modelo prohibicionista, se insiste, pero ya fue cimbrado. Ahora, sin duda, nos toca a los legisladores, docentes, jueces, teóricos, activistas y sociedad en general, construir un nuevo paradigma que contenga algunos de los elementos mínimos aquí referidos, dado que sin duda, esta construcción no será posible si no usamos métodos de investigación alternativos, si no nos salimos de nuestros estándares positivistas-formalistas y si no nos retiramos prejuicios, en aras de preservar la dignidad, y por ello nuestra capacidad de tener libertad.

V. FUENTES DE CONSULTA

Alonso F. y Madrazo Lajous A. (mayo-junio 2015). “¿Dónde estamos y a dónde proponemos ir con la

cannabis?” Cañamo. *Revista de la cultura de la cannabis*. Año 1 (1), pp.16-18.

Amparo en revisión 237/2014. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Amparo en revisión 1115/2017. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Amparo en revisión 623/2017. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Cerdio J. De Larrañaga P. y Salazar P. coords.(2018). *Entre la libertad y la igualdad, ensayos críticos sobre la obra de Rodolfo Vázquez*. Tomo II. 1ª ed. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

De la Torre Rangel, J. A. (2007). *Pluralismo Jurídico. Teoría y Experiencias*. 1ª edición. México: Universidad Autónoma de San Luis Potosí; México.

Del Barrio J. M. (20 de abril de 2016). El experimento de Portugal con las drogas tiene consenso 15 años después. *El país*; Internacional. Recuperado de https://elpais.com/internacional/2016/04/22/actualidad/1461326489_800755.html

García Robles, J. (septiembre-octubre 2015). “De cómo Federico Gamboa y J.J. Tablada convirtieron a la cannabis indica en un demonio”. *Cañamo, Revista de*

- la cultura de la cannabis*. Año 1. (3); pp.44-46.
- García Vallejo, J. P. (2010). *La disipada historia de la marihuana en México: 1492-2010*. México: Eterno Femenino ediciones.
- Grimm D. (2009). “Identidad y transformación: La Ley Fundamental en 1949 y hoy”. *Teoría y Realidad Constitucional*. número 25, 2010, pp. 263-277, Disponible en <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/trcons/cont/25/not/not9.pdf>. Consultada el 10 de julio de 2018.
- Herrán Alonso, J. C. (2010). *El orden Jurídico de la libertad. La aportación de F.A. Hayek al estudio del Derecho*. 1ª ed. España: Unión Editorial.
- Ley Fundamental de la República Federal de Alemania. 23 de mayo de 1949. Disponible en <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>
- Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe; Traducción Marcela Anzola Gil Emilio Maus Ratz; KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V. KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V. Klingelhöferstr. 2009; consultable en http://www.kas.de/wf/doc/kas_16817-544-4-30.pdf RECUPERADO 17 DE JULIO 2018 3:10 PM
- Rivera F. (2004). *Virtud y Justicia en Kant*. México: 1ª edición. Fontamara Biblioteca de ética, Filosofía del Derecho y Política.
- Samorini, G. (2003). *Animales que se drogan* (vol. Ensayo). (C. Doll, Trad.) Madrid: Cañamo.
- Schievenini D., Tarello C., del Llano Ramón.(2015). *La prohibición de las drogas. Análisis y perspectivas multidisciplinares en torno al control de sustancias narcóticas, estupefacientes y psicotrópicas*. 1ª. España: Plaza y Valdéz.
- Vázquez, R. (2016). *Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la filosofía del Derecho*. España: 1ª ed. Mexicana, Ed. Trotta; pp. 140-148.
- Zermeño, S. (2006). *La desmodernidad mexicana y las alternativas a la violencia y a la exclusión en nuestros días*. México: Océano.

